

TEMA: INSCRIPCIÓN DEL REGLAMENTO DE PROPIEDAD HORIZONTAL -Su omisión tiene como consecuencia la inexistencia de la PH y la inoponibilidad de quien no participó en la celebración del acto escritural / **LA INOPONIBILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO** - Dos grandes causas generan la inoponibilidad: en primer lugar, la falta de legitimación negocial, prevista por la ley como presupuesto de oponibilidad. En segundo lugar, la omisión de requisitos de publicidad, posteriores a la celebración, exigidos por la ley con el fin de que el negocio produzca efectos frente a terceros. / **VENTA DEL AIRE** - Lleva implícita una delimitación tanto física como jurídica derivada de la respectiva normatividad urbanística, que no puede ser socavada por la voluntad de las partes /

HECHOS: La decisión de segunda instancia cobijará sólo el motivo de inconformidad del recurrente (contrademandante) quien reclama que se le conceda también la usucapión sobre el tercer nivel o cubierta del segundo piso del inmueble dentro del proceso verbal que en ejercicio de la acción Reivindicatoria incoara Claudia Lucia Barrera Agudelo, en su contra.

TESIS: El caso tiene, desde el punto de vista jurídico, un elemento que lo hace singular y que obligaba al Juez a quo dilucidarlo, a manera de tema primario y relevante: se trata de la incidencia de la no inscripción en el folio inmobiliario número 001-172427 del reglamento de propiedad horizontal constituido mediante escritura pública 941 del 02 de abril de 1998 en la Notaría Novena de Medellín, por los entonces copropietarios del inmueble, señores Elías de Jesús Barrera Rivera y Rosalba Agudelo de Barrera . Tal omisión traduce una ineficacia bifronte de ese instrumento privado, en primer lugar, revela la inexistencia de la propiedad horizontal misma y, por otro lado, la inoponibilidad de ese reglamento de propiedad horizontal frente al pretense usucapiente, señor Fabián Enrique Buitrago Buitrago, pues, tras no haber participado en la celebración de ese acto escritural cuando adquirió por compraventa la cubierta del primer piso para levantar una segunda planta sobre la edificación, luego, el documento le es inoponible. (...) Sobre el tema es preciso recordar: “La inoponibilidad del negocio jurídico se traduce en la ausencia de sus efectos respecto de o en contra de alguien, generalmente, por inobservancia de las cargas de conocimiento, previsión, sagacidad, probidad, corrección, tutela de la buena fe o por las circunstancias disciplinadas por la ley, a cuyo tenor, 'será inoponible el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija' (art. 901 C. de Co...) El ánimus posesorio, es un hecho indicador de que existe en una persona el elemento intencional que se muestra en el propósito de tener el bien como propio, lo cual implica la posibilidad de uso del comportarse como lo haría disfrute del mismo, como una facultad que tendría el propietario, pues no se entendería cómo el poseedor debiendo el dueño de un bien, no pueda desplegar la potestad de uso o provecho económico del mismo, de forma autónoma y libre, es decir, sin que reconozca dominio ajeno. (...) A voces de la doctrina que estudia el tema: ... Cuando se pacta una venta del puro espacio aéreo (venta del aire como se conoce en nuestro medio), lo que se vende en el fondo es un bien futuro determinable y el comprador sabe de antemano que tiene en su favor derechos personales y que no tiene acceso a un registro inmobiliario autónomo ni al registro propio del dueño del lote. A la hora de la verdad, no tiene ningún derecho de propiedad sobre la mejora construida, que en Colombia solo es atribuible al propietario del suelo (C. C. art. 739)”. (...) Por consiguiente, celebrada la escritura pública de marzo de 1999, la que, por cierto, en parte alguna comprende el aire para construir, como lo entiende el recurrente, quedó demostrado el cumplimiento del contrato prometido y, por contragolpe, la promesa perdió vigor para gobernar la relación entre las partes, pues ellas mismas la han abrogado.

M.P: JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
FECHA:04/09/2023
PROVIDENCIA: SENTENCIA

S-2023

Procedimiento:

Verbal –Reivindicatorio con contrademanda de pertenencia–

Demandante:

Claudia Lucia Barrera Agudelo.

Demandado:

Fabián Enrique Buitrago Buitrago

Radicado:

05001 31 03 016 2017 00529 01.

Asunto:

Confirma sentencia impugnada

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, cuatro (04) de septiembre del dos mil veintitrés (2023)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en pertenencia, frente a la sentencia proferida el día 19 de octubre de 2022 por el Juzgado Dieciséis Civil Del Circuito De Medellín, dentro del proceso verbal que en ejercicio de la acción Reivindicatoria incoara Claudia Lucia Barrera Agudelo, en contra de Fabián Enrique Buitrago Buitrago, demandado quien a su vez contrademandó en pertenencia. Función juzgadora que se aborda de la manera como sigue:

I. ANTECEDENTES.

1. Pretensiones. Mediante libelo presentado a través de apoderado el día 22 de septiembre de 2017, la señora Claudia Lucía Barrera Agudelo formuló demanda reivindicatoria para que, previo agotamiento de los ritos del procedimiento verbal, se condene al demandado a restituir los siguientes bienes inmuebles de los cuales es propietaria inscrita:

A) tercer piso y mejoras, con un área de 40 -41 mts² sin construir, cuyos linderos son los siguientes: por el frente con la calle 23; por el occidente, con los lotes 358 y 359; por el sur, con el lote nro. 371; por el oriente con nro. De apartamento 22-47, por el nadir con losa de dominio común que lo separa del segundo piso; por el cenit con aire libre.

B) A) tercer piso y mejoras, con un área de 89,39 mts² sin construir, cuyos linderos son los siguientes: por el frente u oriente con la carrera 70A; por el norte con la calle 23; por el occidente con muro del aparto 70^a- 15; por el sur con el lote nro. 371; por el nadir con losa de dominio común que lo separa del segundo piso; y por el cenit; por el cenit con aire libre.

Estos inmuebles están ubicados sobre un lote de terreno, situado en esta ciudad, en la fracción de Belén, en la carrera 70, distinguido en el plano de la urbanización con el número 372, con una cabida aproximada de 210 varas cuadradas, o sea 134.40 metros², se distingue con el folio de matrícula en mayor extensión nro. 001-172427 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín, zona sur.

2. Fundamentos fácticos. En respaldo de las pretensiones narró los siguientes hechos:

2.1. Que la demandante es la única propietaria inscrita del lote de terreno, junto con las demás mejoras y anexidades, situado en la ciudad de Medellín, en la fracción Belén, en la carrera 70, distinguido en el plano de la urbanización con el nro. 372, con una cabida de 210 varas cuadradas, que equivale a 134,40 metros cuadrados, cuyos linderos particulares fueron descritos en la demanda.

2.2. Advierte que adquirió el dominio del lote de terreno y su edificación por medio de las escrituras públicas nro. 5476 del 17 de diciembre de 2004 y 5360 del 13 de diciembre de 2004, no obstante, el segundo piso que se compone de dos apartamentos fue adquirido en compraventa por el señor Fabián Enrique Buitrago Buitrago, por medio de escritura 336 del 9 de marzo de 1999, la cual nunca fue debidamente registrada.

2.3. Que el señor Fabian Enrique Buitrago, en el año 2006, sin consentimiento, construyó unas escaleras en el patio del apartamento 70-A-11, las que dan acceso del segundo piso a la losa o cubierta del tercer piso y, también sin consentimiento inició la construcción de un cuarto útil en el tercer piso, que es de propiedad de la demandante, perturbando así la posesión que sobre dicho predio ha ejercido la demandante reivindicante. Que aquél, a lo largo de los procedimientos que se han iniciado por la aquí demandante para que no se perturbe la posesión, insiste en que es dueño del tercer piso del predio que se detalla en los hechos de la demanda, sin haber atendido el pago de los impuestos, sin haber puesto sobre él mejora alguna y, mucho menos, sin haber tenido la aprehensión material del tercer nivel o piso.

2.3. Admisión de la demanda y contestación. La demanda fue admitida por auto del 03 de noviembre del 2017, siendo contestada a tiempo por el señor Fabián Enrique Buitrago Buitrago, quien a través de apoderado se opuso al reconocimiento de las pretensiones y, sobre los hechos, advirtió que él ha ejercido actos de señor y dueño en el segundo piso, inmuebles distinguidos con los nros. 70-A-15 y 22-47, así como también ha ejercido posesión sobre la cubierta general, en la medida que pretendió adquirir el derecho de propiedad a través de la compraventa celebrada con los señores Elías Barrera Rivera y Rosalba Agudelo, a través de la escritura nro. 336 del 9 de marzo de 1999, ello, como consecuencia de promesa de venta celebrada en el año 1996, en donde se señala la intención de transferir el aire del segundo piso; posesión del segundo piso que es reconocida por la demandante, como consta en el escrito de demanda y en el acta de conciliación celebrada en la Personería de Medellín.

Adujo, que no fue posible el registro de la escritura nro. 336, debido a maniobras llevadas a efecto por los vendedores con el fin de defraudarlo, para constituir como propietaria a la señora Claudia Barrera y que, además, él sí contaba con la debida autorización para construir las escaleras. Que la demandante en momento alguno se ha tenido como poseedora del tercer piso, o cubierta del segundo nivel, puesto que nunca ha hecho actos con ánimo de señor y dueño sobre esa parte de la edificación.

Blandió las siguientes excepciones de mérito: **i)** prescripción adquisitiva del tercer piso o cubierta general del segundo piso por parte del demandado; **ii)** inexistencia de obligación de restituir el inmueble y, **iii)** cualquier otra cosa que sea probada dentro el proceso.

3. Demanda de reconvención con acción de Pertenencia. Seguidamente, presentó demanda de reconvención en la que pidió ser declarado propietario por haber adquirido por usucapión el segundo piso del inmueble, distinguido en su puerta de entrada con el nro. 70-A-15 y 22-47, así como pidió también ser declarado dueño por usucapión de la cubierta general del inmueble, inmuebles que a su vez hacen parte de un bien inmueble de mayor extensión, el cual se encuentra identificado con la matrícula inmobiliaria **001-172427**, petición que afinsa en los hechos que sucintamente se presentan:

Que ha ejercido actos de señor y dueño sobre los bienes inmuebles ya descritos, sin reconocer propiedad o posesión de parte de otra persona, posesión que detenta desde el 9 de marzo de 1999 hasta la fecha de la demanda, sumando un total de 18 años, siete meses y ocho días, cumpliendo así con el tiempo de posesión exigida por las normas, de cara a la prescripción adquisitiva tanto ordinaria como extraordinaria.

Agrega, que ha plantado mejoras, tanto en el segundo piso como en el tercero, pertenecientes al inmueble de mayor extensión, identificado con la matrícula 001-172427, lo que se puede apreciar en adecuaciones para proteger, mantener y dar un mejor aspecto al bien y, en el mismo sentido, que en el tercer nivel ha acondicionado el espacio para almacenar ciertos bienes de su propiedad, lo que evidencia que ha tenido la aprehensión material con ánimo de señor y dueño del bien inmueble, mismo que posee desde que se hizo la compraventa.

3.1. Contestación a la demanda de reconvención. La contrademandada admitió algunos hechos y negó otros, para confesar que el actor ha ejercido posesión desde el tiempo que señala, pero solo sobre los bienes del segundo piso y que no sobre el tercer piso, bienes que hacen parte del inmueble de mayor extensión que señala el demandante, del cual la demandada es la única y exclusiva propietaria.

Afirma que el actor no cumple con los presupuestos legales para ser declarado propietario legítimo del tercer piso del lote de terreno ya descrito, y menos que se le pueda declarar propietario por prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria.

Por ahí mismo, presentó las siguientes excepciones **i)** falta de causa para demanda la declaración de propiedad; **ii)** falta de causa para demandar la declaración de pertenencia e, **iii)** inexistencia de los presupuestos de la acción de prescripción adquisitiva de dominio y, la **iv)** genérica.

3.2. El curador *ad litem* de las personas indeterminadas, dijo atenerse a lo que resultara demostrado en el proceso, por carencia de elementos para oponerse a las pretensiones de la demanda.

4. La sentencia apelada. Surtidas las etapas procesales de rigor, incluida la práctica de pruebas y los alegatos de conclusión, el juzgado profirió sentencia el pasado 19 de octubre, el cual puso fin a la instancia acogiendo parcialmente las pretensiones de ambas demandas, así, respecto de la pretensión **reivindicatoria**, señaló que se accedía a las pretensiones pero solo “...en relación **con el derecho de posesión**, que como propietaria y cooposeedora, tiene Claudia Lucia Barrera Agudelo, sobre el área de la cubierta general del edificio mencionado y delimitado en el ordinal anterior. ... Consecuencialmente se ordena al accionado, señor Fabián Enrique Buitrago Buitrago, que cese inmediatamente los actos perturbatorios que viene ejerciendo **en contra de los derechos de posesión** que la señora Barrera Agudelo ostenta frente a la cubierta general del edificio descrito en el ordinal primero de esta parte resolutive, **permitiendo su acceso, sin restricción alguna a dicha área...**”

Frente a la demanda de reconvención, declaró la usucapión en favor del señor Fabian Enrique Buitrago, sobre los apartamentos que componen el segundo piso, distinguidos en su puerta de entrada con el nro. 70-A-15 y 22-47, pero excluyendo “...el inmueble determinado en su demanda como cubierta general del segundo piso...”

Para llegar a esa conclusión, partió el funcionario por contextualizar el asunto sobre las cadenas contractuales que subyacían el presente litigio en relación con el primer y segundo piso de la edificación, aspecto frente al cual anotó que si bien la propietaria inscrita se presentaba como dueña del lote donde se asienta el edificio y sus mejoras, su dominio no se extendía sobre todo el edificio, máxime por cuanto “...la misma demandante en su escrito de demanda, advierte y reconoce como propietario de los bienes que se ubican en el segundo piso, al accionado, señor Fabian Enrique Buitrago; lo hace cuando en la demanda describe la escritura pública nro. 336 del 9 de marzo de 1999, por medio del cual, los señores Elías Barrera Rivera y Rosalba Agudelo le transfieren el derecho de dominio y posesión de los mencionados bienes; es decir, aunque dicha escritura no ha sufrido el proceso de inscripción, al reconocerlo como propietario, le tiene como poseedor material de tales inmuebles. En otras palabras, el edificio en su totalidad está siendo poseído de manera material por ambas personas...”.

De este modo, entendió el funcionario que era menester analizar la naturaleza

del inmueble que correspondía a la cubierta del edificio, calificándolo como bien común, según lo establecido en el artículo 3 de la ley de propiedad horizontal (675 de 2001), indicando entonces que *“...nos encontramos frente a una edificación que se compone de varias unidades independientes de manera material, que en este caso, están destinadas a servir como vivienda, que constituyen áreas privadas y de servicio particular; pero también cuenta con áreas de servicio común, como son las los que sirven de cubierta al primer y segundo piso, y que por tener tal naturaleza, pertenecen a todos los propietarios de las unidades...”*. Señalando que la demandante tenía todo el derecho de ingresar a esas áreas.

Como aspecto medular anotó *“...en criterio del despacho, se debe tener en cuenta el reglamento de propiedad horizontal que el mismo demandado trae al proceso como prueba de que el edificio ya tiene constituida dicha regulación, y que, aunque la correspondiente escritura aún no sufre el registro pertinente, y no nace todavía la persona jurídica, sí lo está reconociendo como regulación de la convivencia que debe darse en el edificio; es decir, está aceptando que dicha reglamentación tiene efectos entre los propietarios y poseedores de la edificación, pues lo aporta como prueba de que las unidades y partes del edificio se encuentran debidamente delimitadas. Concluyendo en este punto que la reivindicante ostenta “la calidad de copropietaria en común, que no única, de los bienes que reclama a través de esta demanda, que constituyen la cubierta general del edificio, se concluye como se ha deducido que tiene todo el derecho de hacer uso de dicho espacio, como lo hace el demandado, como poseedor de los bienes adquiridos por medio de la escritura 336 antes citada, y que no se encuentra inscrita, pero que a pesar de ello, es reconocido por la actora en el carácter de propietario.”*

Ya en cuanto a la demanda de pertenencia indicó *“...se ha podido establecer que los bienes pretendidos, ubicados en el segundo nivel del edificio en general, distinguidos con los números 70-A-15 de la calle 23, y 22-47 de la carrera 70ª, actualmente son poseídos por el demandante, y los ha poseído desde el día 9 de marzo de 1999, cuando los vendedores se los han entregado materialmente, y se ha demostrado por parte del actor en reconvención, algunos actos de esa posesión, como la ocupación de ellos, unas veces ocupándolo personalmente, y otras más, a través de su disposición procediendo a arrendarlos a terceros; lo cual inclusive fue constatado en la diligencia de inspección judicial, cuando el despacho ha encontrado allí, a varios inquilinos que certifican recibieron en esa calidad del señor Buitrago Buitrago. A lo que sumó la confesión realizada por la actora reivindicante.*

No así “...en relación con la llamada cubierta general del edificio, pues respecto de esta área, si bien el actor alega posesión, igualmente desde el año de 1999, también como consecuencia de la venta que recibiera a través de la susodicha escritura 336; lo cierto es que en dicha escritura no se menciona que dicha transferencia comprende la cubierta, aparte de señalar que, por el cenit, linda con la losa que cubre el apartamento. Teniendo en cuenta además que en dicho instrumento se advierte que el edificio ha sido sometido a reglamento de propiedad horizontal, que sin estar aún inscrita la correspondiente escritura, el mismo actor lo trae como prueba de sus pretensiones, reconociendo así sus efectos particulares entre los dueños del edificio, y además de donde se deriva, como se advirtió al resolver la demanda reivindicatoria, que dicha cubierta se trata de un bien de dominio común...” Agregó que: “...Ahora, aceptando en principio que ha ejercido actos posesorios sobre dicha área, como se advierte en el mismo acápite de la demanda principal, dichos actos han queda huérfanos de prueba, pues solo, de manera estricta, se cuenta con su versión, ya que no existe otra prueba que diga cuáles actos ha ejercido y especialmente desde cuándo. En esa materia, se insiste, la única obra que constató el despacho es la existencia de una ramada respecto de la cual señala el actor, instaló él; pero sin que se cuente con otro medio de prueba que lleve al despacho a convencimiento de sus afirmaciones, y especialmente la posesión por el tiempo necesario para adquirir como lo demanda...”

De esta forma concluyó: ... en el caso que estudiamos, el actor en reconvencción ha logrado demostrar su posesión material, en las condiciones necesarias para adquirir, sobre los bienes que se ubican en el segundo piso del edificio que tiene como matrícula inmobiliaria 001-172427 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; por tanto sobre ellos se declarará la adquisición por usucapión en favor del señor Buitrago Buitrago, no así sobre la cubierta general de la edificación que igualmente reclama en propiedad...”.

5. De la alzada. La parte contrademandante en pertenencia se alzó contra la decisión del *a quo*. Así, concedido el recurso de apelación en primera instancia, el mismo fue admitido por este Tribunal, seguidamente, se otorgó el término de rigor para la sustentación, el cual recorrió la parte apelante de la forma como pasa a exponerse:

Tildó la sentencia de incongruente, debido a que “...cuando el Despacho advierte los actos de señor y dueño por parte de mi mandante, lo hace de manera descontextualizada, al decir que recaen en un bien diferente al objeto de dicho litigio, así mismo, vale la pena señalar que desconoce completamente los hechos que

fueron probados en virtud de los medios de prueba personales, en particular, los testimonios presentados tanto por la parte demandante como la parte demandada, donde se señalaba fehacientemente que el debate procesal se ceñía al bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 001-172427 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Medellín, que no resulta ser diferente al segundo y tercer piso de una estructura de tres niveles...”

Afirma que el juez también se desvió del contexto factico y jurídico, por cuanto *“... se refiere a la existencia de un supuesto reglamento de propiedad horizontal en el que había participado la voluntad de mi mandante para designar la terraza de dicho bien, como un bien de uso común a los propietarios de este edificio, sin tener en cuenta las advertencias que mi mandante hizo en su interrogatorio de parte, frente a las conductas malintencionadas para defraudarlo, en las que incurrió el vendedor de dichos predios, que resultaba ser el padre de la hoy demandante, el señor ELIAS DE JESUS BARRERA RIVERA quien obraba de manera mancomunada con la señora ROSALBA AGUDELO, madre de la demandante, en tanto, para dicho reglamento, no se cumplió con las solemnidades para su existencia...”*

También adujo que quedaron demostrados los actos de señor y dueño respecto del segundo y tercer nivel del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 001-172427 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Medellín, los cuales fueron legítimos, públicos, pacíficos, exclusivos y continuados durante más de dieciocho años, siendo ejercidos sólo por el señor Fabián Enrique Buitrago Buitrago, sin que la accionante, en algún momento, haya participado de la construcción de dicha edificación o siquiera haya disfrutado o gozado de alguna manera de éstos bienes.

De esta forma solicitó, entonces, la revocatoria parcial de la sentencia, para que, en su lugar *“...se conceda en favor del señor Fabián Enrique Buitrago Buitrago la prescripción ordinaria del tercer nivel y aire del edificio identificado con matrícula inmobiliaria No. 001-172427 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Medellín...”*.

Esbozados de esta manera los antecedentes que dieron lugar a la decisión recurrida, y las razones de disenso que sustentan la alzada, procede la Sala a desatar el recurso con fundamento en las siguientes,

II. CONSIDERACIONES.

1. Presupuestos procesales. Encuentra la Sala satisfechos los requisitos o presupuestos procesales para que pueda abordarse el estudio de la apelación interpuesta por la demandante; además, que no se observan irregularidades en el trámite que tipifiquen una nulidad, al tiempo que ha permitido a los apoderados de las partes exponer las razones que los llevan a sustentar su tesis dentro del término concebido para el recurso de apelación.

1.1. Delimitación de competencia. Averiguado está que la competencia del juez de segunda instancia, en línea de principio, está enmarcada por los reparos que el apelante haya hecho a la providencia cuestionada, al tiempo que el interés de este siempre deberá ir vinculado a lo desfavorable de la providencia, sin que sea posible al juez de segunda instancia adentrarse en otros asuntos, salvo que ello sea vinculante con la repulsa planteada.

En consecuencia, la decisión del recurso se tomará conforme las disposiciones que sobre el tema indica el artículo 328 del C. G. del P., esto es, la decisión de segunda instancia cobijará sólo el motivo de inconformidad del recurrente quien sólo reclama que se le conceda también la usucapión sobre el tercer nivel o cubierta del segundo piso del inmueble, por ende, no se extenderá la revisión a lo que no fue objeto de repulsa¹, concretamente, no ha adquirido competencia el Tribunal para abordar los motivos que condujeron al funcionario a declarar la prescripción adquisitiva de los apartamentos ubicados en el segundo nivel del edificio en general, distinguidos con los números 70-A-15 de la calle 23, y 22-47 de la carrera 70ª, así como tampoco se discute la desestimación de la pretensión reivindicatoria frente a la reputada propietaria del tercer piso o la cubierta de la edificación del segundo nivel, bajo el entendido que existía una coposesión por ambas partes de la *lid*, lo que demuestra la conformidad de la parte interesada sobre lo decidido frente a tal tópico, estableciéndose de esta

¹ Ello encuentra asidero, además, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia fechada el 8 de septiembre de 2009, con ponencia del Dr. EDGARDO VILLAMIL PORTILLA, en la que se dijo en parte pertinente, que: "...El recurso de apelación tiene un "objeto" delimitado, de modo que la inclusión de las "razones de la inconformidad", deja zonas del litigio fuera de la impugnación, a las cuales el juez no puede acceder mediante una actividad inquisitiva que le permita sustituir al recurrente en la delimitación del "objeto" del recurso..."

manera un infranqueable lindero para la segunda instancia.

2. Al emprender entonces la función colegiada frente a la censura vertical que nos reúne, palmar es que del análisis de la providencia de primer grado que desestimó las súplicas del escrito introductor de la demanda, refulge que la razón fundamental que la sustenta, radica en la naturaleza del inmueble pretendido en pertenencia y, por contragolpe, la acreditación de la prolongación de la posesión en cabeza del actor reconviniendo Fabián Enrique Buitrago Buitrago por el tiempo exigido en la ley para la prescripción extraordinaria de dominio, misma que pretende extender sobre la cubierta del segundo piso de la edificación o también llamado tercer nivel.

3. Lo que no acepta el recurrente y en eso se fundamenta en gran parte el recurso de apelación, es que, al decidir, el funcionario de primer grado haya irrumpido en el vicio de la incongruencia, cuando dedujo que el inmueble objeto del litigio, que identifica el censor como tercer piso o cubierta del segundo piso y que hace parte del bien inmueble que se encuentra identificado con la matrícula inmobiliaria **001-172427**, en realidad se trataba de una terraza y por contera, de una zona común de la edificación, labor en la cual, estima el recurrente, terminó aplicando un supuesto reglamento de propiedad horizontal que se hizo con el ánimo de defraudarlo, del cual no fue partícipe y, tampoco cumplió con las solemnidades para su existencia.

El caso tiene, desde el punto de vista jurídico, un elemento que lo hace singular y que obligaba al Juez *a quo* dilucidarlo, a manera de tema primario y relevante: se trata de la incidencia de la no inscripción en el folio inmobiliario número **001-172427** del reglamento de propiedad horizontal constituido mediante escritura pública 941 del 02 de abril de 1998 en la Notaría Novena de Medellín, por los entonces copropietarios del inmueble, señores Elías de Jesús Barrera Rivera y Rosalba Agudelo de Barrera (cfr. fl.81-91 pdf.09).

3.1. Tal omisión traduce una ineficacia bifronte de ese instrumento privado, en primer lugar, revela **la inexistencia** de la propiedad horizontal misma y, por otro lado, **la inoponibilidad** de ese reglamento de propiedad horizontal frente al pretense usucapiente, señor Fabián Enrique Buitrago Buitrago, pues, tras no haber participado en la celebración de ese acto escritural cuando

adquirió por compraventa la cubierta del primer piso para levantar una segunda planta sobre la edificación, luego, el documento le es inoponible.

3.2. Frente al primer punto, dicha formalidad registral cumple en este particular una función constitutiva esencial amén que “...*el sometimiento de un determinado edificio, conjunto o unidad a dicha ley, así como el reglamento que habrá de regir a la Propiedad Horizontal creada, nacen del acuerdo de voluntades de los propietarios de áreas individuales, plasmado en un contrato que al elevarse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Instrumentos Públicos constituye una persona jurídica* (artículo 4, Ley 675 de 2001)²

3.3. En efecto, independiente de que la ley aplicable al reglamento de propiedad horizontal, **ley 182 de 1948** a la cual expresamente se refiere el aludido acto escritural y que fuera derogada por la **ley 675 de 2001**, ambas prevén la formalidad registral como elemento *ad substantiam actus* para el nacimiento de la persona jurídica, así, el artículo 11 de aquella ley señalaba “...**ARTÍCULO 11.** *Los propietarios de los diversos pisos o departamentos en que se divide un edificio podrán constituir una sociedad que tenga a su cargo la administración del mismo. No constituyendo sociedad deberán redactar un reglamento de copropiedad, que precise los derechos y obligaciones recíprocas de los copropietarios, el cual deberá ser acordado por la unanimidad de los interesados. (...) El reglamento de copropiedad deberá ser reducido a escritura pública, e inscrito simultáneamente con los títulos de dominio y plano del edificio.* Dicho reglamento tendrá fuerza obligatoria respecto de los terceros adquirentes a cualquier título.

Mientras que, el artículo 4° de la ley 675 de 2001, se itera, derogatorio de aquella disposición normativa, señala que “...*un edificio o conjunto se somete al régimen de propiedad horizontal mediante escritura pública registrada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. Realizada esta inscripción, surge la persona jurídica a que se refiere esta ley...*”

3.5. Ahora, de cara a la segunda especie de ineficacia, precisemos que, en el sistema jurídico colombiano “...*dos grandes causas generan la inoponibilidad: en primer lugar la falta de legitimación negocial, prevista por la ley como presupuesto de oponibilidad (precedente o concomitante con el negocio) y, en*

² CSJ. Auto de 23 de febrero de 2009, Exp. No. 11001-0203-000-2008-02009-00

segundo lugar, **la omisión de requisitos de publicidad, posteriores a la celebración, exigidos por la ley con el fin de que el negocio produzca efectos frente a terceros...**³ (Resalta el Tribunal), por ello, tras omitirse el correspondiente registro del reglamento, sencillamente el acto escritural le es inoponible al aquí demandado Fabian Enrique Buitrago Buitrago.

3.6. Sobre el tema es preciso recordar:

La inoponibilidad del negocio jurídico se traduce en la ausencia de sus efectos respecto de o en contra de alguien, generalmente, por inobservancia de las cargas de conocimiento, previsión, sagacidad, probidad, corrección, tutela de la buena fe o por las circunstancias disciplinadas por la ley, a cuyo tenor, 'será inoponible el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija' (art. 901 C. de Co.; Cas. 24 de agosto de 1938, LKVII, 852; Cas. 18 de febrero de 1994, Cas. 30 de noviembre de 1994, exp. 4025; Cas. 26 de abril de 1995, exp. 4193; Cas. 24 de mayo de 2000, exp. 5267 y Cas. 15 de agosto de 2006, exp. 1995-9375-01).

De donde, las causas de inoponibilidad, son variadas, no se limitan a la falta de publicidad y presuponen la existencia y validez del negocio jurídico, a las cuales no se asimila y, no puede ser invocada más que por terceros afectados en quienes concurra: así, de ordinario, los efectos del negocio jurídico son plenos entre las partes y no respecto de terceros, cuyos intereses escapan a la esfera dispositiva de las partes, careciendo de eficacia, en sentido negativo o positivo, salvo en las precisas situaciones tácticas disciplinadas por el ordenamiento (estipulación por otro, contrato a favor de terceros, etc.); la cesión de créditos y de contrato de prestaciones correlativas, es inoponible al deudor y a la contraparte por ausencia de notificación y, en su caso, de aceptación (arts. 1698 y ss. CC); el pacto de reserva de dominio al tercero de buena fe adquirente del bien mueble (arts. 1931 y 1933 CC); el pacto fiduciario a terceros (art. 1759 CC); el 'pacto secreto, privado, reservado, simulado' a terceros adquirentes del titular aparente (art. 1766 CC); las decisiones adoptadas por la asamblea o junta general de socios que no tengan carácter general, son inoponibles a los socios ausentes o disidentes (arts. 188 y

³ Bohórquez Orduz, Antonio. De los Negocios Jurídicos En El Derecho Privado Colombiano, Anotaciones para Una Teoría General, Noción, Elementos Estructurales; Eficacia e Ineficacia. volumen 1. UNAB, pág. 142

190 C. de Co.), y en general, el negocio no conocible por terceros, usualmente, por omisión de la publicidad exigible (arts. 901, arts. 29, 112, 121, 158, 190, 188, 196, 300, 313, 366, 499, 510, 528, 843, 894, 953, 1186, 1208, 1320, 1333 y 1573 del C. de Co.; 2 y 44 del Decreto 1250 de 1970).

La publicidad, de igual manera, es una carga, trámite o procedimiento para alcanzar determinados fines o efectos prácticos, no es una forma para la constitución (ad substantiam actus), validez o prueba (ad probationem) del negocio jurídico, tiene por función básica, primaria y genuina, darlo a conocer a terceros, extraños e interesados, desempeña además funciones de tutela o protección de la situación hecha pública, probatoria de su inscripción, transcripción, anotación. Sólo en las hipótesis exceptivas cumple función constitutiva esencial (verbi gratia, tradición de bienes raíces, derechos reales sobre éstos, hipoteca, arts. 756 y 2435 CC). En suma, la función protectora de la situación hecha pública, se especifica con su 'oponibilidad', en cuanto a los datos o hechos dados a conocer, los cuales, se suponen conocidos por su publicidad y a contrario sensu, la omisión de la publicidad exigida, determina la Inoponibilidad' del acto, y en tratándose del dominio, "nuestro sistema de registro de la propiedad inmueble cumple, entre otras, una misión trascendental de publicidad" (XLIII, 53), pues, 'la ley toma en consideración la buena fe libre de toda culpa con el exclusivo propósito de proteger la honestidad en la circulación de los bienes, (...) (art. 83 de la C.N.), y es por eso, precisamente, por lo que los genuinos terceros que llevan a cabo negocios adquisitivos o traslaticios de derechos reales (...) confiando por ende en aquello que sobre el particular el registro inmobiliario hace público y exige en consecuencia consultar, adquiere por principio una posición inatacable, no obstante la ineficacia sobreviniente, o la eficacia claudicante por motivos ocultos'(CCXLIII75)⁴

4. Recordemos entonces que el juez del caso fundamentó la negativa a reconocer la prescripción adquisitiva sobre el denominado "tercer piso o cubierta del edificio" en dos razones medulares: i) la calificación de ese inmueble pretendido en pertenencia por el contrademandante, como una terraza que, al contrastarla con el reglamento de propiedad horizontal, dedujo que se trataba de una zona común de la edificación, sobre la cual existía una

⁴ CSJ - SALA DE CASACIÓN CIVIL - Bogotá, D.C., primero de julio de dos mil ocho (2008) referencia : expediente 2001-00803-01.

comunidad posesoria por ambos extremos litigiosos, punto frente al cual, se remite a lo elucubrado *ut supra* sobre la ineficacia de ese reglamento, para hacer la precisión de que el terreno y la edificación sobre el levantada, no puede concebirse como propiedad horizontal, debido al incumplimiento de las formalidades previstas para su “*constitución*”, así como tampoco el anunciado reglamento de propiedad horizontal es oponible al pretense usucapiente Fabián Enrique Buitrago Buitrago.

4.1. La otra razón condujo al funcionario de primer grado a negar las pretensiones de la demanda sobre esa porción del inmueble denominada cubierta del segundo piso o tercer piso del inmueble, con la cual comulga esta Sala del Tribunal, consistió en la falta de demostración de actos positivos de aquellos que ejercería un verdadero propietario, pues, en verdad, no se recaudó prueba atendible por parte del contrademandante en pertenencia, que refleje el señorío que dice tener sobre la tercera planta de la edificación, más allá de la sola indicación de ello al absolver el interrogatorio, sobre la adecuación de unos muros con techo y ramales para guardar rebujos o chécheres, según se constató en la inspección judicial, de modo que no alcanza para generar esa convicción de que tiene la cosa para sí como si fuera el dueño y además provocando esa misma sensación de señorío frente a los demás, ya sean familiares, vecinos, amigos o extraños, al tiempo que su antagonista ha admitido que solamente es poseedor del segundo nivel pero no admite esa posesión exclusiva sobre el tercer nivel, que la demandante estima como suyo.

4.2. En efecto, prueba personal ofrecida por los testigos Oswal Giovanni Arias Agudelo, Edgar Adolfo Correa Gallo y Gloria Amparo Montoya, poco o nada ofrecen para dilucidar el punto examinado, pues, analizadas de forma acuciosa sus declaraciones, a la postre, si bien coinciden en señalar como dueño de la construcción del segundo piso al señor Fabián Buitrago y sobre ese hecho no existe discusión porque hasta fue confesado por la reivindicante, no obstante, cuando se fraccionó a los testigos la pregunta para que detallaran los actos de señorío ejercidos específicamente en el tercer piso o la cubierta del segundo piso, advierten que ellos asumen o entienden que si compró el segundo piso, es porque también es dueño de lo que sigue hacia arriba y, lo único que en verdad les consta, son los rifirrafes que tuvo con la entonces propietaria Rosalba Agudelo, quien por cierto, llegó al

proceso para declarar que tuvo las llaves de la reja hasta 2014, y que ha tenido problemas para acceder a esa zona, porque el contador de la energía del primer piso se encuentra en esa parte de la edificación.

4.3. La última de las mencionadas agregó que entre ella y su hija han venido pagando el impuesto predial que llega por la totalidad de la edificación, mientras que el señor Fabián Buitrago en una época pagó la mitad, pero, posteriormente, le trasladó toda la carga a la actual propietaria del primer piso, quien es su hija, la aquí demandante Claudia Lucia Barrera Agudelo, quien también ubica el año 2014, como la fecha última en que pudo tener acceso al tercer nivel de la edificación, debido a que fue cerrado el acceso por el pretense usucapiente.

4.4. Como se sabe, el *ánimus posesorio*, es un hecho indicador de que existe en una persona el elemento intencional que se muestra en el propósito de tener el bien como propio, lo cual implica la posibilidad de uso del disfrute del mismo, como una facultad que tendría el propietario, pues no se entendería cómo el poseedor debiendo comportarse como lo haría el dueño de un bien, no pueda desplegar la potestad de uso o provecho económico del mismo, de forma autónoma y libre, es decir, sin que reconozca dominio ajeno.

4.5. En efecto, la ausencia de este elemento es la vértebra del fracaso de la pretensión de prescripción, como que el señor Fabián Enrique Buitrago Buitrago no demostró que en su fuero interno tuviera ese entendimiento de tener el tercer piso del inmueble como dueño o que se haya comportado y proclamado como tal en forma pública. Se llega a esta deducción, a partir del estudio de la evidencia recogida en el proceso, entre otras, el interrogatorio de parte donde éste manifiesta que se vio obligado a instalar una puerta sobre el acceso al tercer nivel de la edificación, porque fue víctima de hurto de unos muebles del segundo piso y, a partir de ahí, empezó a controlar al acceso al tercer nivel, conducta que no pasa de ser una medida de seguridad para su vivienda, que no la exteriorización de actos posesorios sobre el inmueble.

4.6. En gracia de discusión que el tribunal no admite, de tenerse como una verdadera posesión los actos de seguridad personal y patrimonial que realizó el demandante en reconvención cuando instaló una puerta que impedía el acceso al tercer piso para quedar a salvo de los delincuentes, de todas

maneras esa supuesta posesión tampoco alcanzó a cumplir con el tiempo mínimo requerido para el buen suceso de la pertenencia reclamada. Pues, ubicando dichos actos en el año 2014, al tiempo de presentación de la demanda, apenas si habían transcurrido 3 años, toda vez que la demanda fue presentada el 22 de septiembre del año 2017.

4.7. El demandante, para demostrar que funge como poseedor del inmueble, agregó a su declaración que siempre estuvo prevalido de la promesa de venta celebrada con los entonces propietarios del inmueble el 05 de diciembre de 1996, sin embargo, no puede soslayar la sala que la principal prestación derivada del contrato de promesa es la de celebrar un negocio futuro, el cual difiere sustancialmente en cuanto a la naturaleza, estructura, elementos, forma, función y efectos del contrato definitivo, aunque también se puede convenir en forma anticipada el cumplimiento de algunas obligaciones, pero sin olvidar que en cuanto las obligaciones fundamentales que hacen parte del contrato de compraventa –como en este caso–, donde realmente vienen a tener su vengero en el contrato finalmente celebrado, por eso, con toda razón, expresó la Corte: *“En adición, los promitentes comprador y vendedor están habilitados para adelantar el cumplimiento de ciertos débitos que, en puridad, no emanan de la promesa (de la que solo surge una prestación de hacer), sino que encontrarán su verdadera fuente a posteriori, cuando despunte el contrato de compraventa.”*

Por consiguiente, celebrada la escritura pública 336 del 09 de marzo de 1999, la que, por cierto, en parte alguna comprende el *aire para construir*, como lo entiende el recurrente, quedó demostrado el cumplimiento del contrato prometido y, por contragolpe, la promesa perdió vigor para gobernar la relación entre las partes, pues ellas mismas la han abrogado.

4.8. Pero, si alguna discusión cupiera sobre el punto, al volver la vista sobre el clausulado de la promesa allí se lee que *“...lo prometido en venta **es el aire para futura construcción de segundo piso**, con la autorización de planeación municipal...”*. Lo que indica que para el momento de la celebración del contrato existía solo el primer piso y una habitación en la parte de arriba, como lo explican los testigos y donde reconoce el mismo contrademandante llegó a habitar, por lo que una vez allí, dirigió todos sus esfuerzos a completar una construcción superpuesta a la primera planta, colmando de ese modo, en

sentir de la Sala, la finalidad de la aludida promesa de compraventa, lo que por ahí mismo comprueba que sí adquirió el derecho al aire, pero para construir el segundo nivel de la edificación y nada más, sin que sea cierto que adquirió el derecho a construir también una tercera planta en la misma edificación.

4.9. Claramente, lo que pretende el señor Fabián Buitrago, es continuar construyendo sobre lo que ahora es la cubierta del segundo piso que edificó de su peculio en línea vertical superpuesta porque le vendieron el aire, pero, dos problemas, como mínimo, presenta su planteamiento: el primero, es que la venta del aire lleva implícita una delimitación tanto física como jurídica derivada de la respectiva normatividad urbanística, que no puede ser socavada por la voluntad de las partes, a voces de la doctrina que estudia el tema

“De no existir el concepto de utilidad expuesto El estado sería el único titular bajo el rótulo del uso público o el particular lo sería hasta el cielo y el infierno como decía los romanos (...) Así, si un propietario tiene en su lote un primer piso construido y las normas urbanísticas locales permiten dos pisos, el segundo piso no construido puede ser objeto de un negocio jurídico, que en nuestro país es espacio apto para la generación de derechos personales. Si las normas no lo permiten, el pacto estaría viciado de objeto ilícito porque a lo inexistente nadie está obligado. Cuando se pacta una venta del puro espacio aéreo (venta del aire como se conoce en nuestro medio), lo que se vende en el fondo es un bien futuro determinable y el comprador sabe de antemano que tiene en su favor derechos personales y que no tiene acceso a un registro inmobiliario autónomo ni al registro propio del dueño del lote. A la hora de la verdad, no tiene ningún derecho de propiedad sobre la mejora construida, que en Colombia solo es atribuible al propietario del suelo (C. C. art. 739)”

De esta forma, al no estar precedido el pretense usucapiente de la posesión, como elemento habilitante de la prescripción adquisitiva en estricta jurídica y según lo hasta aquí elucubrado, estaría mejorando terreno ajeno y *“...la solución a las controversias jurídicas que pudieran presentarse entre el dueño del terreno y el edificador necesariamente tienen que ventilarse por la vía que ofrece el artículo 739 del Código Civil, por tratarse de un fenómeno de accesión de cosas*

muebles a inmueble...Obsérvese que esta norma, incluida en el capítulo de la accesión, se sustenta en el principio superficies solo cedit, conforme al cual, el dueño del suelo se reputa propietario de cualquier edificación, construcción o plantación que se levante sobre el mismo, efecto que se predica también de las construcciones verticales en la medida que la primera de ellas se encuentra enraizada en el suelo...”⁵, debiéndose entender que la actual propietaria inscrita solamente admite que compró para levantar el segundo piso pero nunca un tercer nivel y por eso fue que lo demandó para obtener la reivindicación de esa terraza o tercer nivel, porque ella cree firmemente que por ser propietaria inscrita le pertenece el derecho al aire para levantar ese tercer nivel.

Por otro lado, si bien en la promesa de compraventa se dejó dentro del clausulado: “...**NOTA: si en el futuro el promitente comprador *construye el tercer piso*, el Promitente vendedor no pondrá objeción a ello...”**, de todas maneras, sería preciso retornar a las reglas de la inoponibilidad de este pacto a la actual propietaria inscrita del terreno Claudia Lucia Barrera Agudelo aquí demandante en acción de dominio.

5. Se observa entonces que el impugnante no tiene clara la dualidad en la figura de la prescripción ordinaria y la extraordinaria, pues ambas, a más de existir justo título o no -que, en últimas vendría a ser la escritura de venta 336 de 1999, que no la promesa del 05 de diciembre de 1996-, abrevan de la posesión como sello de la institución y, al no estar debidamente comprobada su existencia, se torna inane el estudio de los demás elementos axiales de la prescripción adquisitiva de dominio, amén que, anteladamente, se verifica que la prueba de que se sirve el actor para demostrar su posesión, **no** tiene aquella irrefragable finalidad: demostrar que, en verdad, se comportó con ánimo de señor y dueño del “*tercer piso o cubierta general del segundo nivel*” del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria **001-172427**, razón poderosa para que la sentencia que por vía de apelación se revisa deba ser confirmada.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Cuarta de Decisión Civil**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁵ Ib. SC4649-2020

IV. FALLA:

PRIMERO: SE CONFIRMA la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Civil Del Circuito De Medellín, el día 19 de octubre de 2022, dentro de la presente acción verbal reivindicatoria, con demanda de reconvención en pertenencia, de conformidad con las consideraciones en que está sustentada la presente providencia.

SEGUNDO: Se condena en costas de segunda instancia a la parte demandada inicial y demandante en pertenencia, para el efecto, en su momento procesal, se fijarán las respectivas agencias en derecho por el magistrado sustanciador.

TERCERO: Cumplida la ritualidad secretarial de rigor, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE



JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado



PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada



JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado